Sygn. akt: KIO 990/23

POSTANOWIENIE

z dnia 20 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2023 roku przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Akademię Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 990/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Akademia Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa budynku administracyjno-biurowego wraz z przyłączami do sieci, zagospodarowaniem terenu obejmującym budowę parkingów, chodników, urządzeniem zieleni i budową niezbędnej infrastruktury technicznej na terenie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 27.03.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 061-182275.

W dniu 6 kwietnia 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zmianami, zwanej dalej „Pzp”), w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył Wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 oraz art. 16 w zw. z art. 433 pkt 1 i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 [1] kc, art. 58 kc, art. 5 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy:

1.1. w § 12 ust. 2 pkt 1), 2) rażąco wygórowanych kar umownych, tj. wskazanie przy karach umownych za zwłokę w zakończeniu wykonania robót oraz w usunięciu zgłoszonych wad w okresie gwarancji jakości lub rękojmi za wady „w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”

liczony odpowiednio od dnia umownego wymienionego w § 3 ust. 1 wzoru Umowy do dnia ich faktycznego wykonania albo do dnia odstąpienia od umowy przez Zamawiającego oraz liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie zgłoszonych wad do dnia ich usunięcia,

1.2. w § 13 ust. 1 pkt 14) postanowienia przewidującego odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, tj. „z tytułu niedotrzymania terminów (…)", podczas gdy nie

zostało to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, a także ustalającego kary umowne za bliżej nieokreślone terminy pośrednie oraz liczone od wartości bliżej nieokreślonych etapów realizacji umowy,

1.3. w § 13 ust. 2 rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie że: „Strony ustalają, że maksymalna wartość kar umownych nie może przekroczyć 40% łącznego wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 8 ust. 1.",

podczas gdy przewidziane kary umowne oraz limit kar umownych są rażąco wygórowane i jako takie ich poziom znacząco odstaje od realiów rynkowych, a także przewidują odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, zaś górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 12 ust. 2 pkt. 3) wzoru umowy) tj. 20% wartości wynagrodzenia umownego brutto. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi na naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający np. z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego.

2. naruszenie art. 16 w zw. z art. 439 ust. 1, ust. 2 pkt 1) i pkt 2), ust. 3 i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 kc, art. 58 kc, art. 5 kc poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i ustalenie w § 15 ust. 9 wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej pozornie świadczącej o wykonaniu przez Zamawiającego obowiązku przewidzenia zasad zmian wynagrodzenia zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, tj.:

2.1. braku sprecyzowania wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na podstawie których ustalony zostanie wskaźnik zmiany wynagrodzenia, czyli wartość procentowa służąca następnie do obliczenia wartości waloryzacji,

2.2. braku sprecyzowania początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, tj. projektowane postanowienia umowy nie wskazują żadnego konkretnego punktu w czasie, który mógłby posłużyć do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia, a jedynie otwarty termin „po 12 miesiącach od zawarcia umowy",

2.3. ustalenia początkowego terminu zmiany wynagrodzenia dopiero po 12 miesiącach od zawarcia umowy, przy umowie zawieranej na 24 miesiące, tj. w sposób nie

sprzyjający równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i nieadekwatny do aktualnej sytuacji rynkowej stron względem okresu obowiązywania umowy,

2.4. braku ustalenia okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy takie wykonanie ciążącego na Zamawiającym ustawowego obowiązku na podstawie art. 439 Pzp uchybia zasadom z niego wynikającym.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. W zakresie zarzutu nr 1, wyeliminowanie ze wzoru Umowy postanowień przewidujących rażąco wygórowane kary umowne oraz limit kar umownych, a także odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, a ponadto dodanie do wzoru Umowy kary umownej za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn dotyczących Zamawiającego, w konsekwencji zmianę:

- § 3 wzoru Umowy i dodanie do niego ust. 3 określającego Kamienie Milowe, które powinny być uwzględnione w harmonogramie rzeczowo-finansowym:

„3. Strony ustalają następujące Kamienie Milowe, które Wykonawca jest zobowiązany do dochowania i uwzględnienia w harmonogramie rzeczowo-finansowym:

1) Kamień Milowy nr 1 - ……

2) Kamień Milowy nr 2 - …… „

- § 12 ust. 2 pkt 1), 2), 14) wzoru Umowy na następujące brzmienie:

„2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1) za zwłokę w zakończeniu wykonania robót, w wysokości 0,02%

wynagrodzenia umownego brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od dnia umownego wymienionego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy, do dnia ich faktycznego wykonania albo do dnia odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

2) za zwłokę w usunięciu zgłoszonych wad w okresie gwarancji jakości lub

rękojmi za wady w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na ich usunięcie, do dnia ich usunięcia.

14) za zwłokę w niedotrzymaniu terminów Kamieni Milowych wynikających z załącznika nr 3 do niniejszej umowy (harmonogramu rzeczowo-finansowego) w wysokości 0,01% wartości robót w ramach Kamienia Milowego".

- § 12 ust. 4 wzoru Umowy na następujące brzmienie:

„4.Strony ustalają, że maksymalna wartość kar umownych nie może przekroczyć 20% łącznego wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 8 ust. 1."

- § 12 wzoru Umowy i dodanie do niego ust. 8 w brzmieniu:

Wykonawca naliczy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn dotyczących Zamawiającego – w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto.

- § 12 ust. 5 wzoru Umowy na następujące brzmienie:

„W przypadku, gdy kara umowna nie będzie rekompensowała szkody poniesionej przez Stronę może ona dochodzić od drugiej Strony odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym".

2. W zakresie zarzutu nr 2, ustalenie klauzuli waloryzacyjnej zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym dającej Wykonawcy realną możliwość przywrócenia równowagi stron, a w konsekwencji zmianę:

- § 15 ust. 9 wzoru Umowy na następujące brzmienie:

„9. Zamawiający przewiduje waloryzację umowy na zasadach określonych w art. 439 ust.2 Pzp w sytuacji, gdy:

1) Poziom zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, obliczony zgodnie z pkt. 3) poniżej, zmieni się o co najmniej 10% w stosunku do wartości wycenionej w ofercie, z zastrzeżeniem konieczności udokumentowania tej zmiany przez Wykonawcę,

2) Podstawą do określenia zmiany ceny materiałów lub kosztów będzie kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie Ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw,

3) Zmiana wynagrodzenia (waloryzacja) w zakresie materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy zostanie dokonana na podstawie wskaźnika zmian cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego zgodnie z pkt 2) powyżej, przy czym poziom zmiany będzie stanowił różnicę pomiędzy wskaźnikiem cen materiałów lub kosztów ogłoszonych za okres za który wnioskowana jest zmiana a wskaźnikiem za ostatni kwartał poprzedzający datę złożenia oferty lub wskaźnikiem przyjętym w poprzedniej waloryzacji.

4) Maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia nie może być większa niż 15% ceny brutto o której mowa w § 8 ust. 1 b umowy w całym okresie trwania umowy.

5) Ustala się początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia pierwszego dnia po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Waloryzacja może się odbywać co kwartał, w przypadku przekroczenia progu, o którym mowa w pkt 1) powyżej."

3. W zakresie wniosków wskazanych w pkt 1- 2 odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych postanowień wzoru Umowy, które wprost odnoszą się do zaskarżonej materii w sytuacji gdy powielają skarżoną materie lub wprost referują do takiej

materii. Objęty wnioskami kierunek zmian projektowanych postanowień wzoru Umowy, został wskazany jedynie w celu jednoznacznego podkreślenia kierunku tychże zmian w nawiązaniu do zgłoszonych zarzutów, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy SWZ są niezgodne z Pzp i kc. Na skutek uchybień Zamawiającego, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego. Odwołujący nie jest w

stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych przepisów PZP. Kwestionowane postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji

Odwołanie złożono w ustawowo wymaganym terminie. Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp.

Ustalono także, że do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Ustalono następnie, że 19 kwietnia 2023 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 20 kwietnia 2023 roku, Zamawiający w złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił jego zarzuty w części. Zamawiający podał, że uwzględnia odwołanie w zakresie:

1) zarzutu nr 2.3., w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu ustalenie początkowego terminu zmiany wynagrodzenia dopiero po 12 miesiącach od zawarcia

umowy, przy umowie zawieranej na 24 miesiące, tj. w sposób nie sprzyjający równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i nieadekwatny do aktualnej sytuacji rynkowej stron względem okresu obowiązywania umowy. Zamawiający zgadza się z żądaniem Odwołującego aby początkowy termin zmiany wynagrodzenia nastąpił pierwszego dnia po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

2) zarzutu nr 2.4., w którym Odwołujący zarzucał brak ustalenia okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, jednakże w zakresie formułowanego żądania Zamawiający nie wyraża zgody na ustalenie kwartalnych okresów waloryzacji. Zamawiający wskazuje, że odpowiednim okresem waloryzacji wynagrodzenia będzie okres sześciomiesięczny.

W związku z powyższym § 15 ust. 9 pkt 5 wzoru umowy otrzyma brzmienie: 3

„Ustala się początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia pierwszego dnia po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Waloryzacja może się odbywać co

6 miesięcy, w przypadku przekroczenia progu, o którym mowa w pkt 1) powyżej."

Jednocześnie Zamawiający wnosił o oddalenie pozostałych zarzutów.

Odwołujący, w dniu 19 kwietnia 2023 roku złożył dodatkowe oświadczenie pisemne, że cofa pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu, a nieuwzględnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19.04.2023 r. Odwołujący wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części, Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca (…). W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: